

9 | De constructie van een Europees begrip ‘privaatrecht’: drie decennia ‘burgerlijke en handelszaken’ in het Europese internationaal privaatrecht

M.V. Polak & J.A. Bomhoff

1 INLEIDING

‘In hoeverre tasten Europese ontwikkelingen de eenheid van ons vermogensrecht aan?’ – zo luidt de vraagstelling van de redactie van deze bundel. Met ‘ons vermogensrecht’ doelt de redactie ongetwijfeld op het Nederlandse materiële privaatrecht, zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek en de bijbehorende rechtspraak. Dit Nederlandse privaatrecht vormt dan, in de terminologie van Bloembergens klassieke artikel over ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, het ‘systeem’ dat de eigenschap ‘eenheid’ vertoont of zou moeten vertonen.¹ De Engelse rechtsfilosoof Raz spreekt in dit verband van de ‘base’, de set materiaal bestaande uit, bijvoorbeeld, regelgeving en rechtspraak, waarop de aan eenheid verwante toets van coherentie moet worden toegepast.²

Nu realiseren Bloembergens en Raz zich terdege dat de omvang van het systeem respectievelijk de *base* wijziging kan ondergaan.³ De afbakening van de reikwijdte van het systeem gaat zelfs vooraf aan de zoektocht naar eenheid, welke eenheid immers binnen het systeem bestaat of zou moeten bestaan. Het belang van deze voorvraag van afbakening willen wij inroepen ter rechtvaardiging van een alternatieve visie op het thema van deze bundel. Is het immers niet denkbaar dat de actuele ontwikkelingen, die de redactie bij de keuze van haar thema hebben geïnspireerd, vooral moeten worden gezien als een verschuiving van een ‘eenheidsstreven’ binnen nationale rechtssystemen naar een ‘eenheidsstreven’ binnen een groter systeem, dat wil zeggen op het niveau van de Europese rechtsorde?

■ M.V. Polak is hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking, Universiteit Leiden en advocaat te 's-Gravenhage. J.A. Bomhoff is PhD-fellow departement Civiel Recht, Universiteit Leiden.

1 A.R. Bloembergens, ‘De eenheid van privaatrecht en administratief recht’, in: *Bloembergens Werk*, Deventer: Kluwer 1992, p. 308-311.

2 J. Raz, ‘The Relevance of Coherence’, *Boston University Law Review* 72 (1992), p. 286.

3 Zie Bloembergens, *supra* noot 1, p. 310-311; Raz, *supra* noot 2, p. 285.

Deze alternatieve visie op het thema eenheid is om diverse redenen aantrekkelijk. Niet alleen vrijwaart zij ons van verwijten van eurofobie of provincialisme, maar zij onderstreept ook het in essentie meerdimensionale karakter van het eenheidsstreven. Het onverminderd belangrijke wegnemen van botsingen en tegenstrijdigheden binnen het Nederlandse recht en tussen het Nederlandse en het Europese recht kan immers niet worden gescheiden van het zoeken naar nieuwe, diepere en overkoepelende vormen van eenheid op Europees niveau. En waar deze activiteiten tot conflicten leiden, rijst direct de interessante vervolgvraag 'hoeveel eenheid op nationaal niveau zijn wij bereid prijs te geven voor eenheid binnen Europa?'.⁴

Uiteraard veronderstelt deze alternatieve visie wel – naast de hierna niet verder te behandelen vraag naar de intrinsieke waarde van eenheid als eigenschap van rechtssystemen – dat het streven naar eenheid binnen de Europese rechtsorde een haalbare kaart is. In deze detailstudie onderzoeken wij de haalbaarheid en de implicaties van het Europese eenheidsstreven aan de hand van de geschiedenis van de constructie van een specifieke vorm van privaatrechtelijke eenheid op Europees niveau. Concreet: wij richten onze blik op het EEX en het daarin vervatte begrip 'burgerlijke en handelszaken', en gaan na op welke wijze eenheid een rol speelt – als streven, als techniek of als resultaat – bij de interpretatie van dit begrip door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Een blik op het EEX, het begrip burgerlijke en handelszaken en de rechtspraak van het Hof van Justitie is om diverse redenen interessant, juist vanuit het gezichtspunt van eenheid. In de eerste plaats is het EEX een van de oudste Europese instrumenten op het terrein van het (internationaal) privaatrecht en heeft het Hof van Justitie de afgelopen 30 jaar meer dan 140 uitspraken over het EEX gewezen. Een en ander betekent niet alleen dat er voldoende onderzoeksmateriaal voorhanden is, maar ook dat het Hof van Justitie aan de hand van zijn concrete uitspraken kan worden beoordeeld op de tot nu toe bereikte resultaten – in ons geval vanuit het perspectief van eenheid. Vervolgens memoreren wij dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak over het EEX van meet af aan consequent en expliciet heeft gehamerd op het belang van een uniforme – dat wil zeggen: voor alle betrokken Europese landen gelijke – wijze van interpretatie van de in het EEX vervatte begrippen en regels.⁴ Met andere woorden: het Hof van Justitie zelf streeft naar eenheid binnen het Europese privaatrecht. Ten slotte is het begrip burgerlijke en handelszaken nog weer in het bijzonder interessant vanwege de nauwe band met de notie van 'privaatrecht' zelf. Het begrip burgerlijke en handelszaken fungeert ter afbakening van de materiële reikwijdte van het EEX – en van talloze andere Europese en mondiale instrumenten van internationaal privaatrecht (hierna aangeduid als 'IPR') – hetgeen betekent dat het EEX slechts kan worden toegepast op proce-

4 Zie bijv. HvJ EG 14 oktober 1976 (29/76, LTU/Eurocontrol), *Jur.* 1976, p. 1541, NJ 1982, 95 (JCS).

dures waarin burgerlijke en handelszaken centraal staan – dat wil zeggen: op privaatrechtelijke zaken. Daarmee fungeert het begrip burgerlijke en handelszaken in wezen als criterium om privaatrecht van publiekrecht te onderscheiden. Tegen deze achtergrond bezien is het interessant om na te gaan hoe het Hof van Justitie tracht tot een uniform-Europese afbakening van het begrip privaatrecht zelf te geraken, al dan niet vanuit een achterliggende eenvormige theorie met betrekking tot ‘het privaatrecht’.

In een poging de omvang van deze bijdrage enigszins binnen de perken te houden, richten wij ons uitsluitend op de rechtspraak van het Hof van Justitie. De toepassing van deze rechtspraak door de nationale rechters en de mogelijke bedreigingen voor de rechtseenheid die met deze toepassing gepaard kunnen gaan, laten wij noodgedwongen buiten beschouwing.

Nog een enkele opmerking over het begrip eenheid. Het artikel van Bloembergen reikt ons de tweedeling aan tussen de tamelijk concrete idee van eenheid als ‘identiek zijn’ of ‘uniformiteit’ enerzijds en de abstractere idee van eenheid als ‘consistentie’ of ‘harmonie’ anderzijds.⁵ Voorts levert Bloembergen ons als ‘bouwstenen’ van eenheid de trits ‘eenheid van begrippen’, ‘eenheid van normen’ en ‘eenheid van beginselen’.⁶ In onze analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX gaan wij op zoek naar beide ideeën van eenheid en naar de drie bouwstenen. Daarbij zal blijken dat het Hof van Justitie zich sterk maakt voor eenheid in de zin van uniformiteit, althans voorzover het eenheid van begrippen en eenheid van normen betreft. De abstractere idee van consistentie of harmonie en de eenheid van beginselen, daarentegen, lijken aan het Hof van Justitie niet te zijn besteed. Zo oefenen rechtstheoretische pogingen om het privaatrecht te stelen op één of meer consistente beginselen, zoals Weinrib's idee dat het privaatrecht louter mag worden verstaan als systeem van correctieve rechtvaardigheid,⁷ geen waarneembare invloed uit op de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Na een korte inventarisatie van de afbakeningsrol van het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX en de andere relevante IPR-instrumenten (zie paragraaf 2) en een schets van de bevoegdheid van het Hof van Justitie tot interpretatie daarvan (zie paragraaf 3), gaan wij in op de herkomst en de wordingsgeschiedenis van het begrip burgerlijke en handelszaken (zie paragraaf 4). De kern van onze bijdrage bestaat uit een analyse van de rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken in het EEX (zie paragraaf 5). Daarbij staan twee fundamentele kwesties centraal: enerzijds de afbakening van burgerlijke en handelszaken jegens publiek- en bestuursrechtelijke zaken, en anderzijds de autonomie van het Europese begrip

5 Bloembergen, *supra* noot 1, p. 316-319.

6 *Idem*, p. 313-315.

7 E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1995, p. 19 e.v.

burgerlijke en handelszaken ten opzichte van het nationale recht. In onze conclusie komen wij terug op de hiervoor geformuleerde vraag naar de wijze waarop het Hof van Justitie bij de ontwikkeling van het begrip burgerlijke en handelszaken handen en voeten geeft aan de idee van eenheid (zie paragraaf 6).

2 INVENTARISATIE VAN DE AFBAKENINGSROL VAN HET BEGRIIP BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

Het begrip burgerlijke en handelszaken dateert niet van vandaag of gisteren.

Het Europese debuut van het begrip burgerlijke en handelszaken vond plaats bij de totstandkoming van het EEX-verdrag van 1968.⁸ Dit verdrag kent een Titel I, bestaande uit een enkele bepaling – artikel 1 – waarin de omvang van het materiële toepassingsgebied van de overige verdragsbepalingen inzake bevoegdheid – Titel II (artikelen 2-24) – en erkenning en tenuitvoerlegging – Titels III en IV (artikelen 25-49 respectievelijk 50-51) – is neergelegd. Lid 1 van artikel 1 luidt:

‘Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen.’

In het tweede lid van artikel 1 worden vervolgens enkele rechtsgebieden genoemd, die wellicht als burgerlijke en handelszaken zouden kunnen worden beschouwd, maar niettemin van de werkingssfeer van het EEX-verdrag zijn uitgesloten:

‘Het is niet van toepassing op:

1. de staat en de bevoegdheid van natuurlijke personen, het huwelijksgoederenrecht, testamenten en erfenissen;
2. het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;
3. de sociale zekerheid;
4. de arbitrage.’

Nadat het EEX-verdrag op 1 februari 1973 voor de zes oudste EG-lidstaten (België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland) in werking was getreden, zijn in de loop van de jaren '80 en '90 via vier zogenaamde Toetredingsverdragen ook de andere EG-lidstaten ((a) Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk, (b) Griekenland, (c) Spanje en Portugal, en (d) Oostenrijk,

⁸ Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 27 september 1968, *PbEG* 15 (1972) nr. L 299, p. 32, *Trb.* 1969, 101.

Finland en Zweden) partij geworden bij het EEX-verdrag.⁹ Aan de tekst van artikel 1 is slechts eenmaal gesleuteld, en wel ter gelegenheid van de toetreding van Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk. Bij die gelegenheid is aan artikel 1 lid 1, een tweede volzin toegevoegd, waardoor deze bepaling als volgt kwam te luiden:

‘Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen. Het heeft inzonderheid geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.’

Lid 2 is ongewijzigd gebleven. Het EEX-verdrag is inmiddels, per 1 maart 2002, tussen de hiervoor genoemde EG-lidstaten (met uitzondering van Denemarken) vervangen door de EEX-verordening.¹⁰ Laatstgenoemd instrument is per 1 mei 2004 eveneens in werking getreden voor de tien nieuwe EG-lidstaten (Cyprus, Estland, Hongarije, Letland, Litouwen, Malta, Polen, Slovenië, Slowakije en Tsjechië). De EEX-verordening kent een artikel 1, dat vrijwel letterlijk overeenkomt met het hiervoor geciteerde artikel 1 EEX-verdrag. Lid 1 luidt:

‘Deze verordening wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht. Zij heeft met name geen betrekking op fiscale zaken, douanezaken of administratiefrechtelijke zaken.’

In lid 2 is het aanvangswoord ‘Het’ vervangen door ‘Zij’; voor het overige is de tekst ongewijzigd ten opzichte van die van artikel 1 lid 2 EEX-verdrag. Lid 3 luidt:

‘Tenzij anders bepaald, wordt onder ‘lidstaat’ verstaan alle lidstaten behalve Denemarken.’

In het in 1988 tussen de lidstaten van de EG enerzijds en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie anderzijds tot stand gekomen EVEX-verdrag¹¹

9 Eerste Toetredingsverdrag (t.b.v. Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk), Luxemburg, 9 oktober 1978, *PbEG* 21 (1978) nr. L 304, p. 1, *Trb.* 1978, 175; Tweede Toetredingsverdrag (t.b.v. Griekenland), Luxemburg, 25 oktober 1982, *PbEG* 25 (1982) nr. L 388, p. 1, *Trb.* 1983, 24; Derde Toetredingsverdrag (t.b.v. Spanje en Portugal), Donostia-San Sebastian, 26 mei 1989, *PbEG* 32 (1989) nr. L 285, p. 1, *Trb.* 1989, 142; Vierde Toetredingsverdrag (t.b.v. Oostenrijk, Finland en Zweden), Brussel, 29 november 1996, *PbEG* 40 (1997) nr. C 15, p. 1, *Trb.* 1997, 69. *Zie*, voor de geïntegreerde tekst van het EEX-verdrag (1968 + 1978 + 1982 + 1989 + 1996), *PbEG* 41 (1998) nr. C 27, p. 3.

10 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 (2001) nr. L 12, p. 1.

11 Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Lugano, 16 september 1988, *PbEG* 31 (1988) nr. L 319, p. 9, *Trb.* 1989, 58.

– dat nagenoeg een copie vormt van het EEX-verdrag (in zijn aangepaste versie) – figureert een artikel 1, dat identiek is aan het hiervoor geciteerde artikel 1 EEX-verdrag. Het EEX-verdrag is voor Nederland thans nog relevant in de betrekkingen met IJsland, Noorwegen en Zwitserland.

Ook de recente procesrechtelijke IPR-instrumenten van Europese makelij kennen een beperking van hun materiële toepassingsgebied tot burgerlijke en handelszaken:

Europese Betekeningsverordening¹² – artikel 1 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Europese Bewijsverordening¹³ – artikel 1 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

EET-verordening¹⁴ – artikel 2: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Voorstel voor een Verordening tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen¹⁵ – artikel 2 lid 1: ‘burgerlijke en handelszaken’.

Het begrip burgerlijke en handelszaken wordt eveneens gebruikt om het materiële toepassingsgebied van Haagse IPR-verdragen af te bakenen. Wij beperken ons tot een vermelding van de voor Nederland relevante Haagse verdragen:

Haags Rechtsvorderingsverdrag 1954¹⁶ – artikelen 1 lid 1, 8 lid 1, 20 lid 1 en 26: ‘burgerlijke of handelszaken’.

Haags Betekeningsverdrag 1965¹⁷ – artikel 1 lid 1: ‘in burgerlijke zaken of in handelszaken’.

12 Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 43 (2000) nr. L 160, p. 37.

13 Verordening (EG) nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 44 (2001) nr. L 174, p. 1.

14 Verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, *PbEG* 47 (2004) nr. L 143, p. 15.

15 Europese Commissie, Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen, document COM (2005) 87 (def.) d.d. 15 maart 2005.

16 Verdrag betreffende de burgerlijke rechtsvordering, ‘s-Gravenhage, 1 maart 1954, *Trb.* 1954, 40.

17 Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken, ‘s-Gravenhage, 15 november 1965, *Trb.* 1966, 91, en 1969, 55.

Haags Bewijsverdrag 1970¹⁸ – artikel 1 lid 1: ‘In burgerlijke en in handelszaken’.

Haags Verdrag toegang tot de rechter 1980¹⁹ – artikelen 1 lid 1, 18 en 19: ‘in burgerlijke en in handelszaken’.

Deze inventarisatie van het begrip burgerlijke en handelszaken in diverse voor de Nederlandse rechtstoepasser relevante IPR-instrumenten, volstaat om aan te tonen dat dit begrip een cruciale rol speelt bij de prealabele vraag of deze IPR-regimes in een concreet grensoverschrijdend geval wel of niet voor toepassing in aanmerking komen. Kort gezegd: slechts indien de voorliggende zaak kan worden aangemerkt als een burgerlijke of handelszaak in de zin van het relevante IPR-instrument, leent dit instrument zich voor toepassing in dit geval. Nog weer anders geformuleerd: een belangrijk deel van het IPR-instrumentarium verlangt een prealabele kwalificatie van de voorliggende zaak als burgerlijke of handelszaak.

3 DE BEVOEGDHEID TOT INTERPRETATIE

De bepalingen van de (in paragraaf 2 genoemde) IPR-instrumenten, inclusief het daarin steeds terugkerende begrip burgerlijke en handelszaken, vragen om interpretatie en toepassing in concrete gevallen. Interpretatie en toepassing zijn uiteraard toevertrouwd aan de nationale rechters. In het geval van de Europese IPR-instrumenten komt daar echter nog het Hof van Justitie bij. In deze paragraaf staan wij kort stil bij de interpretatiebevoegdheid van het Hof van Justitie. De armslag van het Hof ten aanzien van de Europese IPR-instrumenten wijkt immers af van die ten aanzien van het ‘gewone’ communautaire recht, waarop de ‘gewone’ prejudiciële procedure van art. 234 (= art. 177 oud) EG-verdrag van toepassing is.

Voor het EEX-verdrag van 1968, zoals dit door de vier (in paragraaf 2 genoemde) Toetredingsverdragen is gewijzigd, vindt de interpretatiebevoegdheid van het Hof haar grondslag in een speciaal Protocol van 1971, dat eveneens door de vier Toetredingsverdragen is gewijzigd.²⁰ Het in 1975 in werking getreden Protocol beperkt de mogelijkheid om prejudiciële vragen over de uitlegging van het EEX-verdrag te stellen, tot bepaalde ‘hogere’ rechtscolleges:

18 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en in handelszaken, ‘s-Gravenhage, 18 maart 1970, *Trb.* 1979, 38.

19 Verdrag inzake de toegang tot de rechter in internationale gevallen, ‘s-Gravenhage, 25 oktober 1980, *Trb.* 1989, 114.

20 Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Luxemburg, 3 juni 1971, *PbEG* 18 (1971) nr. L 204, p. 28, *Trb.* 1971, 140. Zie, voor de geïntegreerde tekst van het Protocol (1971 + 1978 + 1982 + 1989 + 1996), *PbEG* 41 (1998) nr. C 27, p. 28.

in Nederland de Hoge Raad, de appelrechters en de rechtbank die kennis neemt van het verzet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging (artikel 2). Voor de Hoge Raad geldt een ‘vraagstellingsverplichting’ (artikel 3 lid 1), voor de andere instanties een ‘vraagstellingsbevoegdheid’ (artikel 3 lid 2). De mogelijkheid van een prejudiciële vraagstelling door de procureur-generaal bij de Hoge Raad ‘in het belang van een uniforme interpretatie’ (art. 4) is een dode letter gebleven.

Sinds de inwerkingtreding van het Protocol van 1971 hebben de nationale rechters circa 150 vragen over de interpretatie van het EEX-verdrag aan het Hof van Justitie voorgelegd. Daarvan waren er ruim twintig afkomstig van de Nederlandse rechterlijke instanties.

Voor de EEX-verordening, de Europese Betekeningsverordening, de Europese Bewijsverordening en de EET-verordening ligt de situatie weer een slag anders. Deze Europese IPR-instrumenten zijn gebaseerd op art. 65 EG-verdrag, hetgeen meebrengt dat de rol van het Hof van Justitie bij de interpretatie daarvan wordt ingeperkt door art. 68 EG-verdrag. Laatstgenoemde bepaling stelt de prejudiciële procedure van art. 234 EG-verdrag slechts open voor de hoogste nationale rechters: in Nederland de Hoge Raad. Voor de Hoge Raad geldt dan wel weer een ‘vraagstellingsverplichting’.

Inmiddels zijn de eerste prejudiciële vragen over deze recente IPR-verordeningen gesteld. Eén daarvan is afkomstig van de Hoge Raad.²¹

Voor het EVEX-verdrag – evenals, uiteraard, voor de Haagse verdragen – ontbreekt een supranationale instantie die voor de eenvormige interpretatie waakt. In een aan het EVEX toegevoegd Protocol alsmede twee bijbehorende Verklaringen wordt wel benadrukt dat het gewenst is dat de nationale rechters het EVEX-verdrag eenvormig interpreteren en dat zij rekening houden met elkaars EEX- en EVEX-rechtspraak. De Hoge Raad heeft daaruit inmiddels afgeleid dat het wenselijk is dat de Nederlandse rechters bij de uitlegging van het EVEX-verdrag rekening houden met de rechtspraak van het Hof van Justitie en van de nationale rechters over het EEX-verdrag.²²

4 ORIGINE EN TRAVAUX PRÉPARATOIRES VAN HET BEGRIJF BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

De term burgerlijke en handelszaken is terug te vinden in het oudste bevoegdheids- en executieverdrag dat tussen (latere) EEX-staten is gesloten: het Frans-Belgisch verdrag van 1899.²³ Voor Nederland komt het begrip in ver-

21 HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004, 267 (Leffler/Berlin Chemie).

22 HR 21 juni 2002, *NJ* 2002, 563 (Spray Network/Telenor Venture c.s.) (PV), *AA* 2003, p. 118 (MVP).

23 Zie, voor dit verdrag, de lijst vermeld in art. 55 EEX-verdrag. Zie tevens noot P. Scholten onder HR 16 maart 1931, *NJ* 1931, p. 689.

dragsverband reeds voor in een vrijwel gelijklopende bepaling in artikel 11 van het Nederlands-Belgisch verdrag van 1925.²⁴ De gedeelde *Code civil* achtergrond van deze drie landen doet vermoeden dat de tweedeling tussen burgerlijk recht enerzijds en handelsrecht anderzijds, zoals dat in het Franse materiële recht en de Franse rechterlijke organisatie nog steeds bestaat, van invloed is geweest op de opstelling van het verdragsbegrip. Noch deze verdragen noch andere, later gesloten overeenkomsten preciseren echter wat onder het begrip burgerlijke en handelszaken moet worden verstaan.²⁵

De belangrijkste onduidelijkheid met betrekking tot de reikwijdte van de term burgerlijke en handelszaken in deze en andere verdragen, was de vraag of civielrechtelijke beslissingen van strafrechters daaronder moesten worden begrepen. Hierover werd verschillend gedacht. In België en Frankrijk, waar van oudsher uitgebreide mogelijkheden bestaan voor civielrechtelijke schadevergoedingsvorderingen in het kader van strafrechtelijke procedures, werd deze vraag bevestigend beantwoord; in Nederland, waar de wetgever dergelijke mogelijkheden beperkt had gehouden, ontkennend.²⁶

Het EEX-verdrag van 1968 bevat voor dit specifieke probleem een duidelijke oplossing. In artikel 5 lid 4 biedt het EEX namelijk een expliciete regeling voor rechterlijke bevoegdheid ten aanzien van rechtsvorderingen tot schadevergoeding of teruggave gegrond op een strafbaar feit.²⁷ Meer in het algemeen geeft het EEX in artikel 1 aan dat de aard van het gerecht waarvoor het geding zich afspeelt, irrelevant is. Uit het toelichtend Rapport Jenard op het EEX van 1968 blijkt dat de verdragsopstellers hiermee doelden op civielrechtelijke beslissingen van zowel strafrechters als administratieve rechters en tribunalen.²⁸

Deze toelichting en de aangehaalde verdragstekst zijn kenmerkend voor de preoccupatie in de beginfase van het EEX. Vrijwel alle aandacht ging uit naar de problematiek van typisch civielrechtelijke geschillen voor niet-civielrechtelijke rechters. De conclusie op dit punt is duidelijk: dergelijke geschillen vallen onder het EEX. De vraag naar de definitie van civielrechtelijke geschillen – de problematiek die speelt bij de burgerlijke rechter zelf – bleef echter onbeantwoord. Zoals uit de hierna (in paragraaf 5) te behandelen jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt, is nu juist deze laatste vraag problematisch gebleken bij de uitleg van het EEX. Toen zij voor het eerst aan de orde kwam,

24 Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België betreffende de territoriale rechterlijke bevoegdheid, betreffende het faillissement en betreffende het gezag en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen, van scheidsrechterlijke uitspraken en van authentieke akten, Brussel, 28 maart 1925, *Stb.* 1929, 405. Dit verdrag is het op één na oudste bevoegdheids- en executieverdrag dat tussen latere EEX-staten werd gesloten.

25 Rapport van P. Jenard (m.b.t. EEX-verdrag 1968), *PbEG* 22 (1979) nr. C 59, p. 9, voetnoot 2.

26 Zie HR 16 maart 1931, *NJ* 1931, p. 689 (PS) en de daar aangehaalde jurisprudentie. Naar deze uitspraak wordt verwezen in Rapport Jenard, *supra* noot 25, p. 9, voetnoot 4. Nederland bevond zich met deze opvatting in een kleiner wordende minderheid.

27 Deze bepaling is gehandhaafd in artikel 5 lid 4 EEX-verordening.

28 Rapport Jenard, *supra* noot 25, p. 9-10.

in de LTU-zaak uit 1976,²⁹ beschikte het Hof van Justitie dan ook over bijzonder weinig materiaal om mee te werken.

Het toelichtend Rapport Schlosser, opgesteld bij de toetreding van Denemarken, het Verenigd Koninkrijk en Ierland tot het EEX in 1978, geeft aan waarom de definitievraag bij de opstelling van het EEX in 1968 en het Rapport Jenard niet is beantwoord. Het onderscheid tussen burgerlijke en handelszaken enerzijds en kwesties van publiekrecht anderzijds, aldus het Rapport Schlosser, was goed bekend in alle oorspronkelijke EG-lidstaten en werd, ondanks enkele gewichtige uitzonderingen, overal op dezelfde wijze gemaakt. Een aanvullende definitie werd daarom niet nodig geacht.³⁰ Met de toetreding van de twee *common law* jurisdicties, die traditioneel geen onderscheid maakten tussen privaatrecht en publiekrecht, was deze situatie echter gewijzigd.

Het Rapport Schlosser beperkt zich in dit verband overigens tot een kort rechtsvergelijkend onderzoek naar de reikwijdte en afbakening van het administratief recht³¹ in de verschillende rechtsstelsels en tot het noemen van wat het ziet als de belangrijkste problemen bij het vaststellen van een scheidslijn.³² Van deze problemen – te weten (i) de rol van het *contrat administratif* in het Franse recht, (ii) de keuzemogelijkheid voor overheden tussen instrumenten van privaatrecht en publiekrecht, en (iii) de relaties tussen overheidsinstellingen onderling – is alleen het tweede punt zijdelings relevant gebleken voor de jurisprudentie van het Hof.³³ Achteraf gezien bevatte ook het Rapport Schlosser weinig aanknopingspunten voor de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken.

Volledigheidshalve merken wij op dat noch de Rapporten die zijn opgesteld ten behoeve van de toetreding tot het EEX-verdrag van Griekenland³⁴ en Spanje en Portugal³⁵ noch het Rapport inzake het EVEX³⁶ nieuwe gezichtspunten ten behoeve van de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken bevatten.

29 HvJ EG 14 oktober 1976, *Jur.* 1976, p. 1541(29/76, LTU/Eurocontrol), *NJ* 1982, 95 (JCS).

30 Rapport van P. Schlosser (m.b.t. Eerste Toetredingsverdrag), *PbEG* 22 (1979) nr. C 59, p. 82.

31 Hiertoe aangespoord door het Hof van Justitie, dat in LTU/Eurocontrol, *supra* noot 29, r.o. 3, had geoordeeld dat het begrip burgerlijke en handelszaken van artikel 1 EEX moet worden ingevuld, onder andere, volgens ‘de algemene beginselen die in alle nationale rechtsstelsels te zamen worden gevonden’.

32 Rapport Schlosser, *supra* noot 30, p. 83-84.

33 Over het *contrat administratif*, dat volgens het Rapport Schlosser het voornaamste punt van onderscheid tussen de continentaalrechtelijke systemen op dit gebied vormt, zijn tot op heden geen vragen gesteld aan het Hof van Justitie.

34 Rapport van D.I. Evrigenis (en K.D. Kerameus) (m.b.t. Tweede Toetredingsverdrag), *PbEG* 29 (1986) nr. C 298, p. 1.

35 Rapport van M. de Almeida Cruz, M. Desantes Real en P. Jenard (m.b.t. Derde Toetredingsverdrag), *PbEG* 33 (1990) nr. C 189, p. 35.

36 Rapport van P. Jenard en G. Möller (m.b.t. EVEX-verdrag), *PbEG* 33 (1990) nr. C 189, p. 57.

5 DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER HET BEGRIIP BURGERLIJKE EN HANDELSZAKEN

5.1 Het autonome criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’

In een serie uitspraken, beginnend met *LTU/Eurocontrol* uit 1976, en voorlopig eindigend met *Frahuil/Assitalia* uit 2004, heeft het Hof van Justitie vorm gegeven aan het begrip burgerlijke en handelszaken in artikel 1 lid 1 EEX-verdrag. Figuur 1 bevat een overzicht van deze uitspraken.

Figuur 1: Overzicht uitspraken Hof van Justitie

Naam	Datum	Zaaknummer	Vindplaatsen
LTU/Eurocontrol	14 oktober 1976	29/76	Jur. 1976, p. 1541; NJ 1982, 95 (JCS)
Staat/Rüffer	16 december 1980	814/79	Jur. 1980, p. 3807; NJ 1982, 97 (JCS); S&S 1981, 46
Sonntag/Waidmann	21 april 1993	C0172/91	Jur. 1993, p. I-1963; NJ 1995, 207
VKI/Henkel	1 oktober 1992	C-167/00	Jur. 2002, p. I-8111; NJ 2005, 221 (PV)
Steenbergen/Baten	14 november 2002	C-271/00	Jur. 2002, p. I-10489; NJ 2003, 598 (PV); AA 2003, p. 676 (MVP)
PFA/Staat	15 mei 2003	C-266/01	Jur. 2003, p. I-4867; NJ 2005, 65 (PV); AA 2003, p. 676 (MVP); S&S 2004, 26
Bayern/Blijdenstein	15 januari 2004	C-433/01	NIPR 2004, 143
Frahuil/Assitalia	5 februari 2004	C-265/02	NJ 2005, 66 (PV); S&S 2004, 81

Al deze uitspraken hadden betrekking op de afbakening van de materiële reikwijdte van het EEX ten opzichte van bestuursrechtelijke geschillen; een probleem dat, zoals wij in paragraaf 4 signaleerden, nu juist weinig aandacht had gekregen bij de opstelling van het EEX. De grote lijnen voor deze afbakening werden door het Hof van Justitie al direct uitgezet in *Eurocontrol*. De aanpak van het Hof van Justitie bestaat uit twee hoofdelementen: (1) het begrip burgerlijk en handelszaken vormt een autonoom criterium, en (2) beslissend is of door één of meer partijen is gehandeld ‘krachtens overheidsbevoegdheid’.

In *Eurocontrol* ging het om de vraag of de tenuitvoerlegging in Duitsland van een Belgische uitspraak, waarbij een vordering van Eurocontrol tot betaling door een Duitse luchtvaartmaatschappij van verplichte heffingen was toegewe-

zen, viel onder de materiële reikwijdte van het EEX.³⁷ Om de ‘grootst mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit dit Verdrag voortvloeien’ te verzekeren,³⁸ koos het Hof van Justitie allereerst voor een autonome interpretatie van de term burgerlijke en handelszaken. Dit autonome begrip moet dan worden uitgelegd ‘aan de hand van, enerzijds, de doelen en het stelsel van het Executieverdrag en, anderzijds, de algemene beginselen die in alle nationale rechtssystemen te zamen worden gevonden’.³⁹ Uit de doelen en het stelsel van het EEX en de algemene beginselen die de nationale rechtssystemen gemeen hebben, destilleert het Hof vervolgens de autonome maatstaf dat niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn ‘wanneer de overheidsinstantie krachtens overheidsbevoegdheid handelt’.⁴⁰ In latere arresten heeft het Hof deze toets steeds toegepast en de precisering toegevoegd dat van handelen krachtens overheidsbevoegdheid sprake is wanneer gebruik wordt gemaakt van bevoegdheden die afwijken van ‘het gemene recht’.⁴¹

Aldus kunnen wij constateren dat het Hof heeft gekozen voor een autonoom criterium op grond waarvan niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn in geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier, indien de overheidsinstantie handelt krachtens overheidsbevoegdheid, gedefinieerd als het gebruik maken van bevoegdheden die afwijken van het gemene recht. Hoewel vernieuwend en verhelderend lieten deze keuzes een aantal belangrijke vragen onbeantwoord die weer tot nieuwe uitspraken van het Hof leidden.

In de eerste plaats blijkt uit *Eurocontrol* niet of aan het begrip *overheidsinstantie* zelfstandige betekenis moet worden toegekend en, zo ja, in welke zin. Wat is het belang van de status van de procespartijen?

In de tweede plaats is onduidelijk welk overheidsoptreden het aangrijppingspunt voor het ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ vormt. Vaak omvat het overheidsoptreden diverse gedragingen, waardoor niet aanstonds duidelijk is naar welke gedraging precies moet worden gekeken.

In de derde plaats rijst de vraag naar de inhoud van het begrip ‘krachtens overheidsbevoegdheid’. Aan de hand van welke maatstaf moet worden bepaald of de overheidsinstantie inderdaad heeft gehandeld op grond van bevoegdheden die ‘afwijken van het gemene recht’. Vertaald naar de terminologie van het Hof van Justitie: moet ook het begrip ‘gemene recht’ autonoom worden geïnterpreteerd of houdt het een verwijzing in naar regels van nationaal recht?

Deze drie vragen bespreken wij in de volgende subparagrafen.

37 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 2.

38 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, *Bavaria en Germanair/Eurocontrol*), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

39 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 3.

40 LTU/*Eurocontrol*, r.o. 4.

41 *Steenbergen/Baten*, r.o. 36.

5.2 De status van de procespartijen: ‘geschillen tussen een overheidsinstantie en een particulier’

In *Eurocontrol* formuleerde het Hof van Justitie het afbakeningscriterium voor burgerlijke en handelszaken ten opzichte van bestuursrechtelijke zaken specifiek voor de klassieke situatie van een geschil tussen een ‘overheidsinstantie’ en een particulier. In de uitspraak verwees het Hof van Justitie met zoveel woorden naar het publiekrechtelijke karakter van Eurocontrol als organisatie.⁴² Daarmee rijst de vraag of aan het publiekrechtelijke karakter van een procespartij of aan haar kwalificatie als overheidsinstantie betekenis toekomt naast de toetsing van haar concrete handelen. Deze vraag is van praktische betekenis,

Figuur 2: Overzicht casusposities

Partijen	Eiser	Verweerder	Type zaak	Eiser bepleit	Resultaat*
LTU/Eurocontrol	Overheid	Particulier	Betaling heffing	Overheid bepleit toepassing (exec)	niet-Civ.
Staat/Rüffer	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing art. 5(3)	Niet-Civ.
Sonntag/Waidmann	Particulier	‘Overheid’ (?) (leraar)	Overheidsaanspr.	Particulier bepleit toepassing (exec)	Civ.
VKI/Henkel	‘Particulier’ (?) (privaatr. Org.)	Particulier	Actie Consumentenorg.	Interveniërende regering VK bepleit niet-toepassing	Civ.
Steenbergen/Baten	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing (exec)	Civ., mits...
PFA/Staat	Overheid	Particulier	Betaling heffing	Overheid bepleit niet-toepassing	Civ., mits...
Bayern/Blijdenstein	Overheid	Particulier	Terugvordering	Overheid bepleit toepassing art. 5(2)	Civ., mits...
Frahuil/Assitalia	Particulier	Particulier	Particulier geschil	Particulier bepleit toepassing art. 5(1)	Civ.

* In deze kolom betekent ‘niet-Civ’ dan wel ‘Civ’ een kwalificatie van de zaak als ‘(niet) burgerlijke of handelszaak’

omdat ook anderen dan de traditionele overheidsinstanties in sommige gevallen kunnen handelen op grond van bevoegdheden die niet aan alle particulieren toekomen. Vanuit theoretisch oogpunt is deze vraag interessant, omdat aanvaarding van een zelfstandige betekenis van de kwalificatie ‘overheidsinstantie’ het bestaan van een (relatief) autonoom begrip impliceert.

42 LTU/Eurocontrol, r.o. 4.

In Figuur 2 geven wij een opsomming van de casusposities, de aard van de geschillen en de globale uitkomst van de arresten genoemd in Figuur 1.

Opvallend in dit overzicht is (i) dat in nagenoeg alle gevallen een klassieke nationale of internationale overheidsinstantie tegenover een particulier stond en (ii) dat de kwalificatie van de overheidsinstantie niet ter discussie stond. De mogelijke probleemgevallen vanuit dit perspectief zijn *Sonntag/Waidmann*, *VKI/Henkel* en *Frahuil/Assitalia*.

Sonntag betrof de potentiële aansprakelijkheid van een leraar wegens nalatigheid.⁴³ Het Hof van Justitie oordeelde dat voor de vraag of er sprake was van ‘een overheidsinstantie die krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld’ ‘niet doorslaggevend is, of de leraar ambtenaar is en als zodanig optreedt’. Een ambtenaar handelt immers, aldus het Hof, niet altijd krachtens overheidsbevoegdheid.⁴⁴ Uit deze overwegingen lijkt te volgen dat de status van overheidsinstantie in abstracte zin weliswaar niet een voldoende, maar wellicht wel een noodzakelijke voorwaarde is voor toepassing van het criterium ‘krachtens overheidsbevoegdheid’.

In *VKI/Henkel* had een consumentenorganisatie een geding aangespannen tegen een handelaar op grond van een wettelijke bepaling die het aanspannen van dit type procedures enkel mogelijk maakte voor een reeks met name genoemde belangengroeperingen.⁴⁵ De vraag naar de toepasselijkheid van het EEX werd opgeworpen door de interveniërende Britse regering. Het Hof van Justitie wees erop dat VKI een privaatrechtelijk orgaan was. Daaraan voegde het Hof van Justitie toe: ‘*bovendien* houdt het hoofdgeding [= de procedure tussen VKI en Henkel] ... geen verband met de uitoefening van overheidsbevoegdheid’ (onze cursivering). Immers, VKI maakte geen gebruik van bevoegdheden die afweken van het gemene recht.⁴⁶ Ook hier lijkt dus een beperkte zelfstandige rol te zijn weggelegd voor de kwalificatie van de procespartijen.

Frahuil/Assitalia, ten slotte, zag op een geschil tussen twee privaatrechtelijke rechtspersonen, dat voortvloeide uit de rechtsbetrekkingen van één van hen met een overheidsinstantie.⁴⁷ Ook hier verwees het Hof van Justitie naar de privaatrechtelijke aard van de procespartijen alvorens in te gaan op de vraag of zij hadden gehandeld op grond van bevoegdheden die vielen ‘buiten het bestek ... van de regels die gelden voor betrekkingen tussen particulieren’.⁴⁸

De onderzochte zaken laten zien dat het Hof van Justitie er niet aan komt om iets te zeggen over de abstracte kwalificatie van de procespartijen, zulks naast de toets van hun concrete handelen. Deze aanpak was onproblema-

43 *Sonntag/Waidmann*, r.o. 13.

44 *Sonntag/Waidmann*, r.o. 20-21.

45 *VKI/Henkel*, r.o. 10-17.

46 *VKI/Henkel*, r.o. 30.

47 *Frahuil/Assitalia*, r.o. 19.

48 *Frahuil/Assitalia*, r.o. 21.

tisch in de vroege zaken, waarin het Hof van Justitie ‘traditionele’ gevallen kreeg voorgeschied. Inmiddels wordt men in Luxemburg echter regelmatig geconfronteerd met gevallen die afwijken van het traditionele model. De kwalificatie van een leraar aan een openbare school, een consumentenorganisatie of andere instellingen met bijzondere bevoegdheden, is uiteraard veel complexer dan die van organisaties ingesteld bij verdrag – zoals in *Eurocontrol* – of van nationale overheden – zoals in *Staat/Rüffer*. Voorts laat de jurisprudentie zien dat het Hof van Justitie, wanneer het belang hecht aan de status van de betrokken procespartijen, zich dienaangaande een oordeel vormt aan de hand van de kwalificatie publiekrechtelijk of privaatrechtelijk *naar nationaal recht*. Zoals hieronder (in paragraaf 5.4) zal blijken wijkt dit gedeeltelijk af van de toets die voor het *handelen* krachtens overheidsbevoegdheid wordt aangelegd.

5.3 Het aangrijpingspunt voor de toetsing van het ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’

In paragraaf 5.1 constateerden wij dat er volgens het Hof van Justitie geen sprake is van een burgerlijke of handelszaak in de zin van artikel 1 EEX, indien door een der partijen krachtens overheidsbevoegdheid is gehandeld. De vraag naar het precieze handelen waarop dit criterium moet worden toegepast, beschouwen wij als een zoektocht naar het *aangrijpingspunt* voor de toetsing van het handelen krachtens overheidsbevoegdheid.

Het overzicht in Figuur 2 laat zien dat in de aan het Hof van Justitie voorgelegde zaken vrijwel steeds een overheidsinstantie als *eiseres* optrad.⁴⁹ Alleen *Sonntag/Waidmann* betrof een vordering van een particulier tot vergoeding van schade veroorzaakt door een (beweerdelijke) overheidsinstantie. Geschillen over de contractuele aansprakelijkheid van de overheid – bijvoorbeeld met betrekking tot *contrats publics* naar Frans recht – ontbreken geheel,⁵⁰ evenals geschillen over overheidsaansprakelijkheid in ruime zin, op grond van beginselen als proportionaliteit en – wederom naar Frans recht – *égalité devant les charges publiques*.

De casusposities in de uitspraken zijn belangrijk, omdat zij de toepassing van het criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ sturen. Daarmee bedoelen wij het volgende.

49 Frahuil/Assitalia betrof een geschil tussen twee ondernemingen, waarvan een zich als borg jegens een overheidsinstantie had verbonden voor de douanerechten die de andere onderneming was verschuldigd.

50 Zie Cour administrative d’appel de Nantes 15 april 1999, *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 1999, p. 929-930, voor een dergelijk geval bij de nationale (Franse) rechter. Hier betrof het echter een geschil tussen particuliere onderaannemers van een publiek werk.

In een geding waarbij een overheidsinstantie als gedaagde is betrokken, kan ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ enkel betrekking hebben op het oorspronkelijke handelen of nalaten dat aanleiding heeft gegeven tot het geschil. *Sonntag/Waidmann* is, zoals gezegd, het enige voorbeeld van een dergelijke zaak in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Sonntag was een Duitse schoolleraar die tijdens een excursie in Italië nalatig zou zijn geweest in zijn toezicht op de scholieren, als gevolg waarvan één van hen was verongelukt. In de Italiaanse strafrechtelijke procedure was aan de ouders en de broer van de verongelukte leerling een civiele schadevergoeding toegewezen en de vraag rees of dit deel van de beslissing krachtens het EEX voor tenuitvoerlegging in Duitsland in aanmerking kwam.⁵¹ Bij de toepassing van het criterium ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ richtte het Hof van Justitie zijn blik op de uitoefening van de toezichthoudende taken door Sonntag: het enige ‘handelen’ dat voor toetsing in aanmerking kwam. Onder verwijzing naar *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* onderzocht het Hof van Justitie of ‘de veroorzaker van de schade moet worden aangemerkt als een overheidsinstantie die krachtens overheidsbevoegdheid heeft gehandeld’ (onze cursivering),⁵² welke vraag het Hof van Justitie ontkennend beantwoordde.

In een geding waarbij een overheidsinstantie als eiser optreedt, is het aangrijpingspunt problematischer. In dergelijke gevallen behelst het instellen van de vordering zelf reeds een handelen dat wellicht krachtens overheidsbevoegdheid geschiedt, zulks naast de onderliggende overheidsprestatie waarop de vordering in rechte betrekking heeft. De vraag rijst dan welk van beide elementen van het overheidsoptreden – de processuele handeling dan wel de onderliggende overheidsprestatie – het aangrijpingspunt dient te vormen. Het Hof van Justitie heeft voor deze kwestie een aantal algemene factoren geformuleerd die in hun abstracte formulering echter weinig verhelderend zijn.⁵³ Ter verduidelijking tonen wij in Figuur 3, voor de zaken waarin een (beweerdelijke) overheidsinstantie als eiseres optrad, de elementen waarop het Hof van Justitie het criterium ‘handelen krachtens overheidsbevoegdheid’ heeft toegepast, zulks niet alleen in hun abstracte omschrijving, maar ook in hun concrete uitwerking in de omstandigheden van het geval.

51 Sonntag/Waidmann, r.o. 2-5.

52 Sonntag/Waidmann, r.o. 20.

53 Zie tevens C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR*, Deventer: Kluwer 2005, p. 337-338 en p. 345.

Figuur 3: Aangrijpingspunten voor de toetsing

Zaak	Abstracte omschrijving	Concreet aangrijpingspunt
LTU/ Eurocontrol	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil'	- inhoud onderliggende overheidsprestatie (= verplicht en exclusief gebruik diensten overheidslichaam) - bijkomend: procedure voor inning (= vordering) (= i.c. eenzijdig opgelegd; procedure zelf wel volgens civiele recht)
Staat/Rüffer	- 'in hoofdzaak: aard van de rechtsbetrekkingen tussen de procespartijen' en 'onderwerp van hun geschil' - 'vorderingsrecht dat zijn oorsprong vindt in een overheidshandeling' volstaat	- onderliggende overheidsprestatie (= opruiming wrak o.g.v. publiekrechtelijke verplichting)
VKI/Henkel	- 'aard van de rechtsbetrekkingen tussen partijen' en 'voorwerp van het geschil'	- 'de vordering': 'privaatrechtelijke betrekkingen' (tussen handelaren en consumenten)
Steenbergen/ Baten	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil' - 'dus': 'onderzoek naar grondslag en wijze van instellen van deze vordering'	- grondslag: 'condities voor ontstaan vorderingsrecht' (= bestaan wettelijk onderhoudsplichtige) - 'wijze van instelling verhaalsvordering' (= i.c. volgens burgerlijke rechtsvordering)
PFA/Staat	- 'aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'voorwerp van het geschil' - 'dus': 'de grondslag en de wijze van instellen van de vordering'	- grondslag: inhoud rechtsbetrekking Staat/PFA (= rechten en verplichtingen uit borgtocht, <i>niet</i> : de aard van de oorspronkelijke overheidsprestatie, waarvoor ter verzekering van betaling de borgtocht is aangegaan) - ook: omstandigheden waaronder PFA de rechtsbetrekking is aangegaan
Bayern/ Blijdenstein	- 'grondslag en de wijze van instellen van vordering'	- regels omtrent de subrogatie van de <i>Länder</i> in de rechten van de onderhoudsgerechtigde

Uit dit overzicht blijkt dat de abstracte formulering van de relevante factoren in grote mate gelijk is gebleven. Telkens terugkerende aanknopingspunten zijn 'de aard van de rechtsbetrekking tussen partijen' en 'het voorwerp van het geschil', beide reeds geformuleerd in *Eurocontrol*. In het arrest *Steenbergen/Baten* merkt het Hof van Justitie echter voor het eerst op dat voor de toepassing van deze aanknopingspunten 'dus de grondslag en de wijze van instellen van [de] vordering [moeten] worden onderzocht' (onze cursivering).⁵⁴ Hoewel ook na *Steenbergen/Baten* de oude factoren 'aard van de rechtsbetrekking' en 'voorwerp van het geschil' steeds worden herhaald, is in de concrete toepassing door het Hof van Justitie een belangrijke ontwikkeling zichtbaar.

⁵⁴ Steenbergen/Baten, r.o. 31.

In *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer*, de twee vroege uitspraken, keek het Hof van Justitie naar het oorspronkelijke overheidsoptreden dat aan het geschil ten grondslag lag. In *Eurocontrol* betrof dat de door deze organisatie verrichtte prestaties ten behoeve van het luchtverkeer; in *Staat/Rüffer* de wrakopruiming die de Staat der Nederlanden op grond van een volkenrechtelijke verplichting had uitgevoerd. De ‘wijze van instellen van de vordering’ speelde in deze zaken een ondergeschikte rol. In *Eurocontrol* was ‘temeer’ niet van een burgerlijke of handelszaak sprake nu ‘de inningsprocedures eenzijdig aan de gebruikers worden opgelegd’.⁵⁵ Hier was dus hoogstens sprake van een bijkomende factor. Bovendien blijkt uit de uitspraak dat de eenzijdige vaststelling waar het Hof van Justitie op doelde, had plaatsgevonden door middel van een, ook in commerciële relaties toegestane, ‘indirecte forumkeuze’, en wel doordat Eurocontrol in zijn betalingsvoorwaarden betaling van de bijdragen in haar plaats van vestiging had gestipuleerd. Uit *Staat/Rüffer* blijkt het aangrijpen bij het onderliggende overheidshandelen nog duidelijker, nu het Hof van Justitie in die zaak spreekt over ‘een vorderingsrecht dat zijn oorsprong vindt in een overheidshandeling’.⁵⁶

In *Steenbergen/Baten* zocht de gemeente Steenbergen verhaal op Baten voor bedragen die de gemeente had uitgekeerd in het kader van sociale bijstand aan de gescheiden echtgenoot en het kind van Baten.⁵⁷ Volgens de in *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* gevolgde lijn zou de aard van het onderliggende overheidshandelen het relevante aangrijpingspunt vormen. En waar de gemeente de oorspronkelijke uitkeringen had verstrekt op basis van een publiekrechtelijke verplichting, zou het EEX dan niet van toepassing zijn. Het Hof van Justitie sloeg echter een andere weg in: onder handhaving van de *Eurocontrol*-factoren ‘de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen’ en ‘het voorwerp van het geschil’ bleek nu betekenis toe te komen aan ‘de grondslag en de wijze van instellen van deze vordering’.⁵⁸ Bij ‘de grondslag van de vordering’ ging het daarbij kennelijk om de mogelijkheid van verhaal, *gegeven* de situatie dat op basis van een publiekrechtelijke verplichting een uitkering was gedaan. De ‘wijze van instellen van de vordering’ zag op het procedurele kader waarbinnen de gemeente de vordering had ingesteld: in dit geval de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.⁵⁹ Uit het arrest blijkt dat het niet van belang is of de overheidsinstantie zich van meet af aan bevond in een situatie waarin particulieren zich niet zouden kunnen bevinden. De gemeente had immers een typische overheidshandeling verricht – een uitkering gedaan – en kon zich beroepen op een wettelijk verhaalsrecht dat per definitie

⁵⁵ LTU/Eurocontrol, r.o. 4.

⁵⁶ Staat/Rüffer, r.o. 15. Zie ook de Conclusie van A-G Warner voor Staat/Rüffer, die uitgebreid ingaat op de regeling van wrakopruiming in de lidstaten.

⁵⁷ Steenbergen/Baten, r.o. 2.

⁵⁸ Steenbergen/Baten, r.o. 31.

⁵⁹ Steenbergen/Baten, r.o. 32 -33.

alleen aan een dergelijk uitkerend orgaan toekomt. Beslissend was of de gemeente, gegeven deze situatie, zich kon beroepen op rechten en bevoegdheden die niet aan particulieren in vergelijkbare situaties zouden toekomen.⁶⁰

Eenzelfde keuze maakte het Hof van Justitie in *PFA/Staat*. In deze zaak meende Advocaat-Generaal Léger dat de vordering van de Staat der Nederlanden vanwege haar 'onderwerp' buiten het toepassingsgebied van het EEX diende te vallen.⁶¹ Het betrof hier een vordering van een overheidsinstantie jegens een onderneming tot betaling uit hoofde van een borgtochtovereenkomst die partijen waren aangegaan ter verzekering van de betaling van douaneschulden van een derde. Het 'onderwerp' van het geding was daarmee volgens A-G Léger de inning van douanerechten en de arresten *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* waren zijns inziens 'perfect toepasbaar' op de omstandigheden van *PFA/Staat*.⁶² Het arrest *Steenbergen/Baten*, op de valreep nog meegenomen door A-G Léger, zou niet tot een andere uitkomst dienen te leiden. Anders dan in *Steenbergen/Baten*, waar een 'civielrechtelijke vordering' aan de orde was geweest, ging het nu immers om een – expliciet uitgesloten – douanezaak.⁶³ Het Hof van Justitie trekt de in *Steenbergen/Baten* ingezette lijn echter door en richt zijn blik in *PFA* niet op het oorspronkelijke overheidshandelen – in dit geval de verlening van de bevoegdheid om zogeheten *carnets TIR* uit te geven – maar op de 'puur privaatrechtelijke' rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de aangegane borgtochtovereenkomst.⁶⁴ In *Bayern/Blijdenstein*, ten slotte, wordt de keuze uit *Steenbergen/Baten* in vergelijkbare omstandigheden nogmaals bevestigd.⁶⁵

Dit overzicht van de arresten laat een ontwikkeling zien in de keuze voor het aangrijppingspunt dat voor toetsing aan het criterium 'krachtens overheidsbevoegdheid' wordt gehanteerd. Met de kanttekening dat de oudere zaken *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* tegenwoordig wellicht op een andere manier zouden worden beslist,⁶⁶ kan het geldende recht als volgt worden weergegeven.

Bij procedures aanhangig gemaakt door een (beweerdelijke) overheidsinstantie, is beslissend welke bevoegdheden deze overheidsinstantie inzet bij het instellen van de vordering. De aard van het onderliggende overheidsoptreden – zoals in *Eurocontrol* en *Staat/Rüffer* is daarbij irrelevant.

60 *Steenbergen/Baten*, r.o. 34-37.

61 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 40.

62 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 38.

63 Conclusie A-G Léger voor *PFA/Staat*, paragraaf 48-50. Het Hof van Justitie deed op 14 november 2002 uitspraak in *Steenbergen/Baten*; de Conclusie van A-G Léger voor *PFA/Staat* is genomen op 5 december 2002.

64 *PFA/Staat*, r.o. 30-36.

65 *Bayern/Blijdenstein*, r.o. 20-21. Zie tevens *Frahuil/Assitalia*, r.o. 20-21.

66 Zo zou de centrale vraag in *Staat/Rüffer* thans niet meer luiden: 'Op grond van welke bevoegdheden en verplichtingen handelde de Nederlandse overheid bij de berging van het wrak?' maar: 'In hoeverre wijkt de verhaalsbevoegdheid van de overheid op een aansprakelijke scheepsbestuurder of eigenaar af van de verhaalsmogelijkheden van particulieren?'.

Indien een overheidsinstantie als verweerder optreedt, is in ieder geval van belang of het handelen of nalaten waarvoor de overheidsinstantie in rechte wordt betrokken, geschiedde krachtens overheidsbevoegdheid. Een vordering gebaseerd op delictuele aansprakelijkheid – zoals in *Sonntag/Waidmann* – zou in beginsel als burgerlijke of handelszaak moeten worden gezien. Een vordering jegens een overheidsinstantie uit hoofde van contractuele aansprakelijkheid valt uitsluitend buiten de reikwijdte van het EEX – zo zouden wij willen bepleiten – indien de overheid specifiek aansprakelijk wordt gesteld voor het gebruik van een typische overheidsbevoegdheid.⁶⁷

Minder duidelijk is een procedure inzake overheidsaansprakelijkheid voorzover deze stoelt op gronden die afwijken van het gemene recht. Daarbij tekenen wij direct aan dat de vraag wat onder dit ‘gemene recht’ moet worden verstaan pas in paragraaf 5.4 aan de orde komt. In dergelijke gevallen zal vrijwel altijd sprake zijn van onderliggend ‘typisch’ overheidshandelen, zodat de vordering ook bij hantering van dat aangrijpingspunt buiten de reikwijdte van het EEX zou vallen.⁶⁸ Het lijkt echter zuiverder om, naar analogie met het scenario van de eisende overheidsinstantie, ook hier de blik te richten op de grondslag en de wijze van instellen van de vordering, in dit geval door de burger of onderneming. Deze burger of onderneming zal uiteraard niet ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ handelen, maar het is goed denkbaar dat de vordering wordt ingesteld op basis van regels en beginselen die (te zeer) afwijken van het gemene onrechtmatigedaadsrecht. In dat scenario valt de vordering buiten het door het EEX bestreken terrein.

5.4 De autonomie van de elementen ‘krachtens overheidsbevoegdheid’ en ‘bevoegdheden die afwijken van het gemene recht’

Het Oberlandesgericht Düsseldorf, de rechter die in *Eurocontrol* een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie voorlegde, had de mogelijkheid van een autonome interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken in het geheel niet voorzien. Sterker: de prejudiciële vraag was geformuleerd als een keuze tussen een kwalificatie van dit begrip naar het recht van de Staat waarin op de vordering was beslist – hier: België – en een kwalificatie daarvan naar het recht van de Staat waar verlof tot tenuitvoerlegging moest worden verleend – hier: Duitsland.⁶⁹ Een dergelijke *directe* verwijzing naar het nationale recht

67 Hierbij valt de te denken aan de bijzondere wijzigingsbevoegdheid van de kant van de overheid bij *contrats publics* naar Frans recht.

68 Hierbij valt te denken aan compensatieverplichtingen bij de belastende aanleg van publieke werken. Overigens mag het onderscheid tussen procedures ten overstaan van de burgerlijke rechter en die ten overstaan van administratieve tribunalen op grond van de tekst van art. 1 EEX in beginsel geen rol spelen.

69 LTU/Eurocontrol, r.o. 1.

werd door het Hof van Justitie resoluut van de hand gewezen.⁷⁰ De hiervoor (in paragraaf 5.1) besproken elementen 'krachtens overheidsbevoegdheid' en 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht', die figureren binnen het autonome begrip burgerlijke en handelszaken, laten echter wel ruimte over voor een *indirecte* verwijzing naar het nationale recht. De vraag is nu hoe autonoom de elementen 'krachtens overheidsbevoegdheid' of 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht' zijn. Ter beantwoording van deze vraag bevat Figuur 4 een overzicht van de invloed van regels van nationaal recht bij de concrete toetsing door het Hof van Justitie.

Figuur 4: Toetsing 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht'

Zaak	Concreet aangrijpingspunt	Toetsing
LTU/Eurocontrol	- onderliggend overheidshandelen (prestaties geleverd door Eurocontrol)	- <i>autonoom</i> : verplicht en exclusief gebruik overheidsinstallaties
Staat/Rüffer	- onderliggend overheidshandelen (prestaties geleverd door Staat)	- <i>nationaal recht</i> : 'krachtens overheidsbevoegdheid' want verplichting neergelegd in wettelijke bepaling ...' - <i>autonoom</i> : '...overigens in overeenstemming met de algemene beginselen uit de nationale rechtsstelsels' (AG Warner: 'Nederland staat alleen met vordering uit od')
Sonntag/Waidmann	- onderliggend overheidshandelen (gedrag toezichhoudende leraar)	- <i>autonoom</i> : 'in de meeste lidstaten' kwalificatie privaatrechtelijk, vergelijking met eerdere arresten van het Hof over bevoegdheden leraren, nationaal recht heeft 'geen invloed op kwalificatie'
VKI/Henkel	- onderwerp (rechtsverhoudingen ten aanzien waarvan wordt geageerd: consumententransacties)	- <i>nationaal recht(?)</i> : de aanhangige vordering betreft verbod voor handelaars om in overeenkomsten met consumenten oneerlijke bedingen te gebruiken en heeft tot doel rechterlijke toetsing van privaatrechtelijke betrekkingen

⁷⁰ LTU/Eurocontrol, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, Bavaria en Germanair/Eurocontrol), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

Zaak	Concreet aangrijpingspunt	Toetsing
Steenbergen/Baten	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- grondslag: <i>nationaal recht</i> : verwijzing naar Abw en BW (‘civielrechtelijke regels’) en naar uitzondering in Abw - wijze van instellen: <i>nationaal recht</i> : verwijzing naar Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering - algemeen: <i>nationaal recht</i> : ‘een verhaalsvordering die gebaseerd is op bepalingen waarmee de wetgever het overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend’
PFA/Staat	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- grondslag: <i>autonoom</i> : definitie borgtochtovereenkomst a.d.h.v. algemene beginselen uit de rechtsorden van de lidstaten - <i>autonoom</i> : omstandigheden waaronder PFA rechtsbetrekking is aangegaan (vrijwilligheid) - <i>nationaal recht</i> : afstand gedaan van aantal bepalingen uit BW; daarbij echter niet gebruikelijke vrijheid partijen overschreden - algemeen: <i>autonoom</i> : ‘de op particulieren toepasselijke regels’
Bayern/Blijdenstein	- grondslag en wijze van instellen vordering (condities voor ontstaan vorderingsrecht en regels over instellen vordering)	- <i>nationaal recht</i> : nationale wetgeving omtrent subrogatie Länder (i.c. beheerst door het privaatrecht)

Ook dit overzicht laat een belangrijke ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof van Justitie zien. In *Eurocontrol*, *Staat/Rüffer* en *Sonntag/Waidmann* kwalificeerde het Hof van Justitie het overheidsoptreden aan de hand van autonome maatstaven en gaat het op zoek naar een autonome omschrijving van ‘typisch’ overheidshandelen, afgeleid uit de beginselen die de rechtsorden van de lidstaten gemeen hebben. Vanaf het arrest *Steenbergen/Baten* komt hierin verandering, nadat het arrest *VKI/Henkel* op dit punt weinig duidelijkheid had gebracht. In *Steenbergen/Baten* geeft een kwalificatie naar nationaal recht de doorslag. Heel duidelijk komt dit naar voren in de passage waarin het Hof spreekt over de situatie dat ‘de [nationale] wetgever het [eisende] overheidsorgaan een eigen recht heeft verleend’.⁷¹ Deze kwalificatie naar nationaal recht wordt herhaald in *Bayern/Blijdenstein*.⁷² Hiermee lijkt het Hof te hebben gekozen voor een kwalificatie naar maatstaven van nationaal recht binnen het autonome criterium ‘handelen krachtens bevoegdheden die afwijken van het gemene recht’.

⁷¹ Steenbergen/Baten, r.o. 37.

⁷² Bayern/Blijdenstein, r.o. 21.

In de tussen *Steenbergen/Baten* en *Bayern/Blijdenstein* gewezen uitspraak PFA/Staat ligt dit onderdeel van de toetsing door het Hof van Justitie complexer. In deze zaak begint het Hof van Justitie met een omschrijving van wat naar algemene gemeenschappelijke rechtsbeginselen moet worden verstaan onder een borgtochtvereenkomst.⁷³ Uit deze omschrijving leidt het Hof van Justitie af dat de borg niet in de plaats treedt van de oorspronkelijke schuldenaar, maar dat tussen borg en schuldeiser een nieuwe, accessoire verbintenis ontstaat. Daaruit volgt dan weer dat de regels die gelden voor de relatie tussen de oorspronkelijke schuldenaar en de schuldeiser niet op alle punten gelijk behoeven te zijn aan de regels die van toepassing zijn op de relatie tussen de schuldeiser en de borg.⁷⁴ Hier staat dus een autonome juridische kwalificatie van de relatie tussen partijen centraal. Een tweede element in deze toetsing is eveneens autonoom te noemen en betreft de aandacht die het Hof van Justitie heeft voor de mate waarin de relevante verbintenissen in realiteit vrijwillig door de borg zijn aangegaan.⁷⁵ Deze kwalificatie is gebaseerd op de omstandigheden waaronder de overeenkomst is aangegaan en staat daarmee eveneens los van de precieze regels van het nationale recht. Naast deze twee autonome elementen kent de toetsing door het Hof van Justitie echter ook een duidelijke verwijzing naar het nationale recht. PFA heeft bij de borgtochtvereenkomst afstand gedaan van een mogelijk beroep op een aantal bepalingen uit het Nederlandse Burgerlijk Wetboek en de vraag rijst of op grond hiervan wellicht sprake is van een uitoefening van overheidsbevoegdheden. Het Hof geeft aan dat daarvan enkel sprake kan zijn indien de grenzen worden overschreden van 'de vrijheid die partijen toekomt op grond van het op de overeenkomst toepasselijke recht'.⁷⁶ De contractsvrijheid naar nationaal (toepasselijk) recht figureert hier dus als een buitengrens voor burgerlijke en handelszaken.

6 CONCLUSIE

Het Hof van Justitie is nu bijna drie decennia doende het begrip burgerlijke en handelszaken in te vullen en af te bakenen. Tot welke resultaten heeft deze activiteit geleid?

De begrippen en de terminologie die het Hof van Justitie gedurende de afgelopen 30 jaar heeft gebezigd bij de interpretatie van het begrip burgerlijke en handelszaken en, daarmee, bij de afbakening van het EEX, zijn opvallend constant. In alle uitspraken wordt gememoreerd dat in geschillen tussen een

⁷³ PFA/Staat, r.o. 27-29.

⁷⁴ Het Hof van Justitie spreekt zich in PFA/Staat, r.o. 24-26, overigens uitdrukkelijk niet uit over de situatie waarin er sprake zou zijn van een verbondenheid van PFA jegens de Staat krachtens hoofdelijk schuldenaarschap.

⁷⁵ PFA/Staat, r.o. 33.

⁷⁶ PFA/Staat, r.o. 35.

overheidsinstantie en een particulier niet van burgerlijke of handelszaken sprake kan zijn, indien de overheidsinstantie 'krachtens overheidsbevoegdheid' handelt. Ook bij de toetsing van concrete gevallen aan dit criterium hanteert het Hof van Justitie vaste begrippen, zoals 'de aard van de tussen partijen bestaande rechtsbetrekkingen' en 'het voorwerp van het geschil'. Eerst bij nadere beschouwing van de uitspraken van het Hof van Justitie zijn diverse verschuivingen waarneembaar.

De kwalificatie van de status van de 'niet-particuliere procespartij', die in de oudere uitspraken weinig of geen problemen opwierp, dwong het Hof van Justitie in enkele recentere gevallen tot een onderzoek naar de publiek- dan wel privaatrechtelijke hoedanigheid van de desbetreffende procespartij aan de hand van het nationale recht op grond waarvan deze procespartij in rechte optreedt. Het is echter niet duidelijk in hoeverre aan de enkele status van een procespartij als overheidsinstantie zelfstandige betekenis toekomt.

Het aangrijpingspunt voor de toetsing van het optreden van de overheidsinstantie is verschoven van het aan de vordering ten grondslag liggende overheidsoptreden naar het instellen van de vordering zelf. Anders dan vroeger beoordeelt het Hof van Justitie de voorliggende zaken thans vanuit een procesueel perspectief: beslissend zijn de grondslag en de wijze van instellen van de vordering.

In de recentere uitspraken heeft het Hof van Justitie het criterium van het handelen 'krachtens overheidsbevoegdheid' verfijnd, door beslissende betekenis toe te kennen aan de vraag of de overheidsinstantie al dan niet gebruik maakt van 'bevoegdheden die afwijken van het gemene recht'. Met deze verfijning lijkt het Hof van Justitie tevens te zijn afgestapt van een toetsing van het overheidsoptreden aan de hand van autonome maatstaven die uit de gemeenschappelijke beginselen van de rechtssystemen van de lidstaten dienen te worden gedestilleerd. Het Hof van Justitie haakt soms rechtstreeks aan bij het nationale recht, teneinde na te gaan of de overheidsinstantie gebruik maakt van bevoegdheden die afwijken van het gemene recht.

Het een met het ander combinerend menen wij te kunnen constateren dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak geleidelijk meer procesueel georiënteerd is geraakt en pragmatischer is geworden. Wij vermoeden dat deze verschuivingen hun oorzaak vinden in een toenemend realisme bij het Hof van Justitie, dat zich geconfronteerd ziet met een grote diversiteit aan prejudiciële vragen over de scheidslijn tussen privaat- en publiekrecht, en beseft dat deze afbakening niet (meer) via een eenvoudig toepasbaar en volledig autonoom en uniform-Europees criterium kan plaatsvinden. Dit realisme heeft het Hof van Justitie ertoe gebracht om – nolens volens? – nationaalrechtelijke elementen van beslissende betekenis te achten. Met dit realisme hangt ook een zekere mate van beduchtheid samen: de uitspraken van het Hof van Justitie zijn meer dan voorheen toegespitst op de concrete procesconstellatie en op de omstandigheden van het geval. Zulks resulteert in steeds langer wordende

uitspraken, waarvan – ironisch genoeg – de meerwaarde voor volgende gevallen navenant lijkt af te nemen.

Terug naar de idee van eenheid waarmee wij onze bijdrage begonnen. Wat leert de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie ons over eenheid binnen het Europese (internationaal) privaatrecht?

Als *streven* is de idee van eenheid duidelijk aanwezig. Van meet af aan heeft het Hof van Justitie benadrukt dat het streeft naar ‘de grootst mogelijke gelijkheid en eenvormigheid van de rechten en verplichtingen die voor de verdragsluitende staten en de belanghebbende personen uit [het EEX] voortvloeien’.⁷⁷ Dit streven vormt de rechtvaardiging voor de zogenaamde autonome interpretatie van begrippen en normen, die het Hof van Justitie in het kader van art. 1 EEX en vele andere EEX-voorschriften heeft omarmd. Verschil van benadering in de rechtssystemen van de EG-lidstaten mag volgens het Hof van Justitie niet leiden tot een verschil in toepassing van het EEX. Eenheid van toepassing van het EEX staat derhalve voorop, desnoods ten koste van de eenheid die in het ene of andere nationale rechtstelsel figureert.

De autonome interpretatie van verdragsbegrippen laat zien dat eenheid in de rechtspraak van het Hof van Justitie ook een belangrijke rol vervult als *techniek* van rechtsvinding. Bovendien laat een nadere analyse van deze techniek zien dat het onderscheid tussen nationaal recht en Europees recht niet zwart-wit is en dat tussenvormen denkbaar zijn. Zo is de algemene definitie van het begrip burgerlijke en handelszaken autonoom en uniform-Europees, maar vindt de invulling daarvan in belangrijke mate plaats met behulp van het nationale recht. In discussies omtrent ‘botsingen’ tussen nationaal recht en Europees recht zouden dergelijke schakeringen en nuances niet verloren mogen gaan.

Hoe staat het ten slotte met het *resultaat* van het streven naar eenheid in de jurisprudentie van het Hof van Justitie? Hier valt vooral op dat de ontwikkeling van een eenvormig en eenvoudig toepasbaar begrip burgerlijke en handelszaken geen gemakkelijke opgave is gebleken. Het heeft er alle schijn van dat het Hof van Justitie, zelfs na drie decennia, nog niet alle onduidelikheden heeft kunnen wegnemen.⁷⁸

De eenheid waarvan het Hof van Justitie in zijn rechtspraak op het EEX telkens gewag maakt, betreft eenheid in de zin van uniformiteit: het EEX dient in alle EG-lidstaten op dezelfde wijze te worden toegepast. Vervolgens ziet deze eenheid op de begrippen en normen van het EEX: het begrip burgerlijke en handelszaken en de norm inzake de materiële reikwijdte van het EEX verlangen uniforme toepassing in alle EG-lidstaten. Om deze trans-Europese

77 LTU/Eurocontrol, r.o. 3. Zie, in dezelfde zin, HvJ EG 14 juli 1977 (9 en 10/77, Bavaria en Germanair/Eurocontrol), *Jur.* 1977, p. 1517, *NJ* 1977, 611, r.o. 4.

78 Hetzelfde geldt overigens voor de interpretatie door het Hof van Justitie van andere klassieke privaatrechtelijke begrippen uit het EEX als ‘overeenkomst’ (artikel 5 aanhef en onder 1) en ‘onrechtmatige daad’ (artikel 5 aanhef en onder 3).

uniformiteit te bereiken, heeft het Hof van Justitie de afgelopen drie decennia een aantal nadere criteria, maatstaven en werkwijzen geformuleerd. Daarbij heeft het Hof van Justitie tot in zijn formuleringen gestreefd naar uniformiteit: op hoofdlijnen is de terminologie sinds 1976 ongewijzigd gebleven; eerst op detailniveau is er een zekere evolutie zichtbaar.

Geheel anders is het gesteld met die andere exponent van eenheid – eenheid in de zin van consistentie of harmonie, toegepast op het niveau van de beginselen waarop het privaatrecht berust of zou moeten berusten. Bij de ontwikkeling van de nadere criteria, maatstaven en werkwijzen laat het Hof van Justitie zich niet, althans niet met zoveel woorden, leiden door rechtstheoretische bespiegelingen over beginselen van privaatrecht of over de afbakening van publiek- en privaatrecht. Theorievorming over het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht, die in de meeste lidstaten uitgebreid voorhanden is en deels valt terug te voeren op gemeenschappelijke Romeinsrechtelijke fundamenteen,⁷⁹ speelt geen expliciete rol in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Opvallend genoeg komt de formulering van de door het Hof van Justitie verkozen interpretatie wél in sterke mate overeen met de reeds lang bekende en in de literatuur overwegend aanvaarde '*Sonderrechtstheorie*'.⁸⁰

Vanuit een meer functionalistische benadering valt op dat het Hof van Justitie in het geheel geen gewag maakt van de publiek- en privaatrechtelijke *belangen* die een rol (mogen) spelen bij de beslissing om het EEX in een concreet geval al dan niet toepasselijk te achten. Hetzelfde geldt voor de voorafgaande Conclusies.⁸¹ Wij kunnen niet uitsluiten dat dergelijke beginselen en belangen wel een rol spelen in de raadkamer van het Hof van Justitie of in de hoofden van de betrokken advocaten-generaal en rechters, maar voor 'European Court watchers' is zulks niet waarneembaar. Het ziet ernaar uit dat ook hier de praktijk sterker is dan de leer.

De rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip burgerlijke en handelszaken heeft geen nieuw, eenvormig en theoretisch onderbouwd concept van '*het* privaatrecht' opgeleverd. In zijn recente uitspraken haakt het Hof van Justitie zelfs met zoveel woorden aan bij nationale visies op de reikwijdte van dit onderdeel van het recht. Uit de aan het Hof van Justitie voorgelegde vragen

79 Zie bijv., voor Frankrijk, J. Ghestin, *Traité de Droit Civil, Tome I : Introduction Générale* (Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, nr. 95; of, voor Duitsland, K. Larenz, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München: Beck 2004, nr. 18 e.v. Beiden verwijzen terug naar de Digesten (Ulp. Dig. 1, 1, 1, 2).

80 In de formulering van Larenz, *supra* noot 80, nr. 27, is er geen sprake van privaatrecht wanneer (ten minste) één overheidslichaam bij de rechtsverhouding is betrokken en dit overheidslichaam handelt op basis van bevoegdheden die private personen niet toekomen.

81 Zie, bij wijze van uitzondering, Conclusie A-G Léger voor PFA/Staat, paragraaf 53-54, die de uitgezonderde materies van artikel 1 lid 2 EEX in verband brengt met het ontbreken van wilsautonomie van partijen en de betrokkenheid van de openbare orde; voor deze materies zouden de opstellers van het EEX de exclusieve bevoegdheid van de (administratieve en rechterlijke autoriteiten van de) desbetreffende lidstaat hebben nagestreefd.

lijkt echter te volgen dat de nationale rechtssystemen op dit punt wellicht minder van elkaar verschillen dan oorspronkelijk werd gedacht, zodat het belang van een scherpe en uniforme Europese afbakening van het privaatrecht jegens het publiekrecht niet moet worden overschat. Het wachten is immers nog altijd op de eerste prejudiciële vragen over de reikwijdte van het privaatrecht uit *common law* Verenigd Koninkrijk of *étatiste* Frankrijk. In een dergelijk klimaat kan de opbouw van een Europees rechtssysteem – althans voorlopig – misschien heel wel samengaan met een voortgezet streven naar eenheid binnen het nationale recht.

